

Santiago, 1 de septiembre de 2008.-

VISTOS:

Se ha seguido este proceso N° **2.182-98**, tramitado por el Ministro de Fuenro, don Joaquín Billard Acuña. Por pronunciamiento de 11/8/2006, escrito de fojas 987 a 1.055, se absolió a los enjuiciados José Mario Friz Esparza, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, de la acusación judicial y sus adhesiones libradas en su contra en su calidad de autores de los delitos de secuestro simple cometido en las personas de **Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez** y secuestro con homicidio perpetrado en las personas de **Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro y Luis Emilio Orellana Pérez**, acaecidos entre los días 18 y 21/12/1973 y entre el 18/12/1973 y 22/12/1973, respectivamente, decisión que fue adoptada como corolario del acogimiento de la excepción de prescripción de la acción penal.

Elevados los autos en apelación del antedicho laudo, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 10/1/2008, que corre de fojas 1.110 a 1.115, revocó el dictamen recurrido para condenar a los encartados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y José Mario Friz Esparza, por su responsabilidad de autores de los delitos reiterados de secuestro de Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez y de secuestro calificado verificado en las personas de Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro y Luis Emilio Orellana Pérez, a sufrir, cada uno, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y a enterar las costas por partes iguales. En contra de este veredicto Marcelo Moren Brito promovió recurso de casación en el fondo asilado en el literal 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; a su turno la defensa de Manuel Contreras, lo deduce por los ordinales 2°, 5° y 7° de la misma disposición legal. Por último, Friz Esparza, alega vicios formales que lo habilitan para entablar recurso de casación en la forma por la motivación 10ª del artículo 541, conjuntamente con un recurso de casación en el fondo por las causales 2ª, 5ª y 7ª del aludido artículo 546

Todos los anteriores arbitrios fueron ordenados traer en relación a fojas 1.154.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el tratamiento de los distintos recursos de casación intentados en la causa se procurará, hasta donde sea posible, respetar el orden de sus interposiciones, sin perjuicio de alterarlo por ser necesario vislumbrar, desde luego, si existe el defecto formal que se ha delatado, situación que autorizaría para anular el fallo atacado, siendo, en tal evento, innecesario pronunciarse sobre el resto de las anomalías denunciadas.

Recurso de Casación en la Forma propuesto por José Friz Esparza.

SEGUNDO: Que la defensa de Friz Esparza ha instaurado recurso de casación en la forma sustentado en el numeral 10° del artículo 541 ~~del~~ Código de Instrucción Criminal, hace consistir la deficiencia en que "los hechos investigados correspondían a detención ilegal realizada por funcionarios públicos, que tenían capacidad para detener, pero que pudieron haber actuado sin cumplir las formalidades legales, por lo que el tipo penal aplicable es necesariamente el artículo 148 del Código Penal que sanciona con la pena de reclusión y suspensión. Sin embargo, la sentencia recurrida condena a 10 años de presidio a José Mario Friz Esparza, sin que a su respecto se haya acreditado la comisión de los ilícitos de secuestro simple o secuestro con resultado de daño como indica la sentencia recurrida, lo que no se ajusta a los hechos de la causa y al Derecho".

TERCERO: Que por lo que toca al único motivo de casación formal planteado -la ultra petita- conviene tener presente que de la simple lectura de los antecedentes de la litis, y lo resuelto por los tribunales del fondo, es posible colegir que la condena ha sido extendida con arreglo a los mismos hechos denunciados, que a su vez constituyeron el contenido de la acusación de oficio y sus adhesiones, los que no han sufrido rectificación alguna, y no se aprecia ninguna de las alteraciones que se censuran por el compareciente, en orden a extenderse la resolución a puntos inconexos con la indagación, amén de estar expresamente contemplados tales temas en la apelación de fojas 1.074 a 1.079.

CUARTO: Que bajo este prisma es forzoso recordar que los hechos establecidos en el pleito deben analizarse y ponderarse en conjunto, para formar la convicción que el tribunal debe adquirir acerca de la existencia o no de un hecho punible en particular, función que le es privativa a los jueces del fondo, siempre y cuando no incurran en quebrantamiento de ley formal con influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, como sería el estimar que los elementos fácticos han sido fijados con contravención de leyes reguladoras de la prueba, circunstancia que también ha sido cuestionada en el presente caso, mediante el recurso de casación en el fondo, el que pasa a examinarse a continuación.

Recursos de Casación en el Fondo deducidos por José Friz Esparza y Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda.

QUINTO: Que estos recurrentes han esgrimido como causales que permiten anular el fallo criticado las contenidas en los números 2°, 5° y 7° del artículo 546 ~~del~~ Código de Enjuiciamiento Penal, consistentes en "que la sentencia haciendo una calificación equivocada del delito, aplica una pena conforme a esa calificación"; "que aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al rechazar en la sentencia definitiva, las (excepciones) que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo

434" y también, "en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en los dispositivo de la sentencia".

SEXTO: Que en lo que atañe al primer motivo de invalidación ambos comparecientes sostienen, en síntesis, que atendida la calidad de carabinero, de Friz y coronel de Ejército, de Contreras, que detentaban a la data de comisión de los ilícitos, o sea, de funcionarios públicos, a su respecto debió aplicárseles el tipo previsto en el artículo 148 del Código Penal y no aquél descrito en el artículo 141 del mismo cuerpo normativo, como con desacuerdo fue apreciado por los jueces del fondo. En seguida, argumentan sobre la motivación 5<sup>a</sup> del artículo 546 del Código Adjetivo Criminal y reclaman la no aplicación del Decreto Ley N° 2.191 que dispuso la amnistía; y la falta de reconocimiento de la prescripción de la acción penal, atendido el tiempo transcurrido desde la perpetración de los injustos. Finalmente, en lo que concierne a la vulneración de leyes reguladoras de la prueba, pretenden por esta vía obtener la invalidación de la decisión y la dictación de un fallo de reemplazo que los absuelva de los cargos por falta de participación en los hechos que se les imputaron.

SÉPTIMO: Que del modo en que han sido formulados los presentes medios de impugnación aparecen confusos y contradictorios, pues se pretende develar defectos imposibles de coexistir simultáneamente, toda vez que no es dable afirmar al mismo tiempo la errada calificación del delito, lo que supone siempre que el hecho constituye alguna inobservancia a la ley penal y en la actual situación, afirma, además, un reconocimiento de la participación que en ellos les cupo a los agraviantes, circunstancia que haría procedente analizar si para tales inexactitudes resulta posible aplicar la normativa que dispone la amnistía o la institución de la prescripción y, por otra parte y en forma copulativa, que los mismos supuestos, según los propios antecedentes del edicto, no lleva para ellos la comisión de injusto alguno, dada la falta de intervención en los mismos, antinomia suficiente, desde ya, para desechar este segmento.

En efecto, los oponentes alegan que de no haberse cometido las anomalías anotadas, la acción de autos se hubiere calificado conforme al artículo 148 del Código sancionatorio, por la calidad de funcionarios públicos que investían los poderantes; pero asimismo, debió declararse que tales presupuestos luctuosos estaban amparados ya por la amnistía, ora por la prescripción y, en último término, debió concluirse que Friz Esparza y Contreras Sepúlveda eran inocentes de los ilícitos pesquisados por no haber tomado parte en los sucesos y, en definitiva, debieron ser absueltos.

Los motivos fundantes y el señalamiento de la manera de cómo influyeron los desaciertos reprochados en la decisión final, resultan a todas luces abiertamente contradictorios, desde que la afirmación de una causal significa la negación de la otra, lo que deviene en una falta de determinación del motivo de invalidación, omisión que no se compadece con el carácter extraordinario, formal y de derecho estricto de la impugnación intentada.

OCTAVO: Que la mencionada condición jurídica de esta clase de recursos no permite asentarlos en ordinarios incompatibles, puesto que este tribunal de casación queda en la imposibilidad de pronunciarse acerca de ellos sin aceptar y denegar al mismo tiempo los antecedentes contrapuestos entre sí, ni puede acoger una causal con preferencia de la otra, por cuanto no está

legalmente facultado para elegir uno u otro y, entonces, no se halla en condiciones de admitir el actual arbitrio en ninguna de sus secciones, ya que para hacerlo tendría que prescindir de la manera en que el propio recurrente lo ha formulado, desconociendo así la doctrina sustentada por aquellas disposiciones que gobiernan este recurso, que impiden variarlo de modo alguno una vez formalizado.

NOVENO: Que, en consecuencia, si en el libelo de formalización se plantean al juzgador dos o más tesis jurídicas, que en su conjunto resultan contradictorias, es fuerza reconocer que el recurso carece de la determinación que exige la ley, porque dichas premisas se destruyen entre sí y ninguna de ellas queda en situación de producir efectos jurídicos, lo que se opone a la indicada naturaleza del presente medio de nulidad, cuyo objetivo primordial es fijar la recta y genuina interpretación de la ley.

Recurso de Casación en el Fondo promovido por Marcelo Moren Brito.

DÉCIMO: Que en este libelo impugnatorio se ha acusado la concurrencia del vicio contemplado en la disposición 5<sup>a</sup> del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el fallo de alzada ha omitido aplicar el artículo 93, numerales 6° y 3°, del Código Penal, en armonía con el D.L. N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho; yerro que encuentra su base en una errónea interpretación del artículo 141 del Código punitivo, al concluir que el secuestro aún estaría en ejecución, tratándose de un delito permanente que se prolongaría hasta nuestros días. Igualmente, esgrime la violación del artículo 18 del estatuto de penas y lo prescrito por el artículo 19, N° 3°, penúltimo inciso, de la Constitución Política de la República en la medida que dichos preceptos consagran la irretroactividad de la ley penal, si ésta es desfavorable al reo. Agrega que el veredicto objetado establece la improcedencia de la prescripción, en atención a que el delito tipificado no corresponde al homicidio, sino al secuestro con resultado de homicidio y, por consiguiente, era atingente la aplicación de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobado el 26/11/1968 y en vigencia por los estados miembros de la ONU desde mil novecientos setenta. Aduce que respecto a la norma en comento, calificada como de ius cogens, no debió ser aplicada en tanto a la época de comisión de los ilícitos averiguados, no había sido aprobada y, por lo tanto, al decidirlo de manera distinta, se ha violentado el principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el artículo 19 §, N° 3°, de la Constitución Política de la República. Para el evento de no acogerse tal presupuesto, tampoco pudo aplicarse, por conculcar la regla más favorable al reo ante la dualidad de preceptos legales que regulen los mismos actos. Continúa reflexionando en torno a que la sentencia debió acatar cabalmente el Decreto Ley N° 2.191, en concordancia con el artículo 93 §, número 3°, del Código Penal, incurriendo en un grave error de derecho al no hacerlo de este modo, lo que ocurrió por la equivocada consideración de que la actual ejecución del delito de secuestro conlleva la no aplicación de la amnistía. Añade que la amnistía, en nuestro ordenamiento jurídico, constituye un acto del poder legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad realizada por toda ley y hace desaparecer la punibilidad del delito, elimina la pena y todos sus efectos en los ilícitos que comprende e impide y paraliza definitivamente el ejercicio de toda acción judicial tendiente a reprimirlos; o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, desde el punto de vista legal, en la

misma condición que si no se hubieren llevado a cabo. Y atinente al mismo tópico, explica que se trata de una circunstancia objetiva de extinción de responsabilidad criminal, por lo que sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento determinado por la ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios pues se trata de leyes de derecho público que miran al interés general de la sociedad y, una vez verificada la procedencia, los jueces deben declararla. Más adelante desarrolla la transgresión a los artículos 93, N° 6°, 94 y 95 del Código Penal, y dice que la ley fija como período máximo de prescripción, el de quince años, lapso que se cuenta a partir de la comisión de los delitos y, los acontecimientos pesquisados en la presente causa, tuvieron lugar hace más de treinta años sin que se tenga noticias de las víctimas desde el año mil novecientos setenta y cinco, siendo del todo improcedente, como lo indicara precedentemente, estimar que el secuestro continuaría hasta ahora en ejecución, todo lo cual obligaba a los falladores a declarar la prescripción de la responsabilidad penal. Cita algunos fallos de esta Corte y termina por impetrar la invalidación de la sentencia atacada y la dictación del correspondiente laudo de reemplazo que absuelva a su representado.

**UNDÉCIMO:** Que una simple lectura de la presentación antes reseñada revela inexactitudes que por su envergadura obligan a desestimarla desde ya, en tanto apoya sus alegaciones relativas a las infracciones de derecho en supuestos fácticos que no se corresponden con los asentados en el litigio. En este orden de análisis, necesario parece consignar que en el motivo noveno del fallo a quo, reproducido por el ad quem, se establecieron los hechos, los que fueron detallados, en resumen, en la forma que pasa a exponerse: a) que a diferentes horas de los días 18/12/1973 y 20/12/1973 Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro, Luis Emilio Orellana Pérez, Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez, fueron detenidos en distintos lugares de la capital por sujetos desconocidos que pertenecían a una agrupación y organización de inteligencia en formación denominada DINA; b) que a todos los antes nombrados, desde el 18/12/1973 se les mantuvo privados de libertad, sin orden administrativa o judicial que lo justificase, en el denominado centro de detención "Londres N° 38"; c) Que posteriormente el 21/12/1973, en horas de la tarde, Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez, fueron subidos a la parte trasera de una camioneta y trasladados hasta el sector de Lampa, lugar donde fueron abandonados en la vía pública; d) Que los detenidos Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro y Luis Emilio Orellana Pérez, el 22/12/1973, fueron llevados hasta unas torres de alta tensión ubicadas en la comuna de Cerro Navia, lugar en el cual fueron ejecutados, entregándose luego la versión oficial que éstos habían muerto al enfrentarse a una patrulla militar cuando intentaban volar una torre de alta tensión; y e) que a los cuerpos de las personas recién señaladas se les practicó la correspondiente autopsia en el Instituto Médico Legal, constatándose, en cada caso, las diversas lesiones que presentaban. Por otra parte, los presupuestos fácticos antes reseñados, conforme se lee en el fundamento 5° del fallo de primera instancia, fueron calificados como secuestro con grave daño respecto de Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro, Luis Emilio Orellana Pérez y como secuestro simple en las personas de Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez.

**DUODÉCIMO:** Que, de la manera como se ha precisado en el basamento anterior, ni los hechos ni su calificación jurídica se corresponden con las alegaciones del recurrente, desde que jamás se

sostuvo por los juzgadores que se trataba de un ilícito permanente, en ejecución hasta esta fecha y, por el contrario, se estableció fehacientemente que hubo detención, secuestro y fallecimiento de Carlos Alberto Cuevas Moya, Luis Alberto Canales Vivanco, Alejandro Patricio Gómez Vega, Pedro Patricio Rojas Castro y Luis Emilio Orellana Pérez, al tiempo que, en lo tocante a Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez, sólo se verificaron las dos primeras hipótesis, siendo éstos posteriormente liberados por sus captores. Por lo demás, en lo relativo a la calificación jurídica que de dichos supuestos hizo el sentenciador, como ya se explicitó, no fue la de secuestro con homicidio, tipificación que en opinión del agraviado permitió la aplicación de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, sino que tales premisas fueron enmarcadas dentro de las figuras de secuestro con grave daño y secuestro simple.

**DÉCIMO TERCERO:** Que en esas condiciones este recurso no puede prosperar, dado que la casación en el fondo, por su calidad de medio de impugnación extraordinario, formal y de derecho estricto, está sometida a un conjunto de reglas absolutas de las que no es posible prescindir, ya que lo contrario llevaría a desnaturalizar su fisonomía jurídica y la finalidad perseguida por la ley al incorporarlo a su normativa, de suerte que, habiéndose cimentado en supuestos que no fueron contenido ni alcance del dictamen atacado, sólo procede desestimarla.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 536, 541, N° 10°, 544, 546, Nos. 2°, 5° y 7°, y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo formalizados por las defensas de José Mario Friz Esparza, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y de Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda en lo principal y primer otrosí de fojas 1.136 a 1.149, en lo principal de fojas 1.117 a 1.124 y en lo principal de fojas 1.125 a 1.135 respectivamente, en contra de la sentencia de 10/1/2008, que se lee de fojas 1.110 a 1.115, la que, en conclusión, no es nula.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes durante la vista de la causa advirtieron que los sentenciadores de segundo grado, al modificar la sentencia de primera instancia en lo relativo al tipo penal que los hechos asentados configuraban respecto de las víctimas Carlos Cuevas Moya, Luis Canales Vivanco, Alejandro Gómez Vega, Pedro Rojas Castro y Luis Orellana Pérez, omitieron las consideraciones necesarias que sirvieran de sustento a dicha enmienda.

En efecto, del fallo de segunda instancia se advierte que los sentenciadores prescindieron de todo razonamiento respecto de dicha circunstancia, limitándose en su motivación 5<sup>a</sup> a exponer: "Que si bien la sentencia de primera instancia, en su considerando décimo ha tenido como establecidos los delitos de secuestro con homicidio, previsto y sancionado en los artículos 141 inciso final y

391 del Código Penal de Carlos Cuevas Moya, Luis Canales Vivanco, Alejandro Gómez Vega, Pedro Rojas Castro y Luis Orellana Pérez; y de secuestro de Margarita Durán y Sigfrido Orellana, contemplado y sancionado en los artículos 141 inciso primero y tercero del Estatuto Penal, atendida la descripción típica del citado artículo 141, a la fecha de comisión de estos ilícitos, las conductas deben encuadrarse en aquéllas descritas en los incisos primero y tercero de esta norma, esto es, secuestro con resultado de grave daño y secuestro simple, respectivamente", por lo que han incurrido en la causal de nulidad formal contemplada en el numeral noveno del artículo 541, en relación con el número 4 del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal, que establece que "La sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán: 4.- Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta".

Aquellas necesarias reflexiones que deben servir de fundamento al veredicto y que como requisitos indispensables exige la norma citada, tienden a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento, así como a proporcionar a las partes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos. La resolución recurrida ha omitido todo raciocinio acerca de la calificación jurídica de los hechos, en relación al delito de secuestro con resultado de grave daño, a la que en definitiva se arribó, de lo que se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos fundamentos que, en forma concreta y determinada, expliquen y hagan comprensible el porqué de la condena careciendo, por tanto, de aquella base fáctica necesaria para que los litigantes puedan apreciar con certeza la justicia que se les administra.

Los tribunales superiores, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, están autorizados legalmente para invalidar de oficio las sentencias cuando de los antecedentes del recurso aparezca que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, facultad que los disidentes fueron de opinión de ejercer en esta oportunidad, con arreglo a lo ordenado en los artículos 535, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal y 775 del de enjuiciamiento civil y, consecuentemente, anular de oficio la sentencia impugnada, procediendo a dictar, acto continuo y sin nueva vista, una sentencia de reemplazo que considere y se sustente en los términos que pasan a exponerse;

1º) Que, previa eliminación del motivo décimo del fallo apelado, se tiene en su lugar y, además, presente que los hechos sentados en su consideración novena configuran los delitos de secuestro simple de Margarita del Carmen Durán Fajardo y Sigfrido Orellana Pérez, previstos y sancionados en el inciso primero del artículo 141 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos, esto es, al 18/12/1973, en carácter de reiterados, a su turno, los ilícitos que afectaron a Carlos Cuevas Moya, Luis Canales Vivanco, Alejandro Gómez Vega, Pedro Rojas Castro y Luis Orellana Pérez, deben encuadrarse dentro de los tipos penales de secuestro y homicidio, reiterados, previstos y castigados en los artículos 141 del texto que regía

al 22/12/1973, y 391, ambos del Código Penal, debiendo aplicarse, en caso de condena, las penas de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. Se arriba a la antes dicha conclusión, relativa a la existencia de los ilícitos de secuestro y homicidio, desde que se demostró que las víctimas fueron ilegítimamente privadas de libertad en un recinto clandestino de detención y posteriormente fueron conducidos a un lugar distinto del sitio de la detención y encierro, en las proximidades de una torre de alta tensión de la Comuna de Cerro Navia, donde fueron ultimados mediante impactos de bala, a pretexto de un supuesto enfrentamiento militar. Tales presupuestos fácticos corresponden al contenido previsto en el inciso primero del artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de los sucesos que nos ocupan ya que, según fluye de ellos, la detención y encierro duró solo algunos días, dos o tres, y en ese período no hay constancia que hubieren sido las víctimas, objeto de actos o acciones que constituyeran grave daño en su persona o intereses, y además, al delito de homicidio, en carácter de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 391 del Código Penal, por cuanto, a la época de los hechos, el grave daño en la persona de las víctimas no contemplaba la comisión, a continuación del secuestro, entre otros delitos al de homicidio, como sucede en la actualidad, en virtud de la modificación que la Ley N° 18.222, de 28/5/1983, introdujo al artículo 141, agregándole el inciso final, del siguiente tenor: "El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado", razón de texto que afirma la convicción que, antes de la entrada en vigencia del aludido inciso final, el secuestro podía involucrar un grave daño en la persona o intereses del secuestrado y comprenderse en la hipótesis contenida en el inciso 3º del artículo 141 del código punitivo, siempre que dicha lesión no importara la muerte del plagiado, en cuyo caso, debía entenderse configurado por una parte el secuestro y, por otra, el homicidio, en tanto figuras distintas e independientes, castigándose tales hechos conforme a las reglas generales.

En opinión de estos disidentes, conforme a los hechos establecidos en el fundamento noveno del fallo del tribunal a quo, se ha configurado la circunstancia 5ª del artículo 391 del Código Penal, esto es, la de haber actuado, los agentes con premeditación conocida. Para arribar a tal convicción se tiene en consideración que la premeditación para cometer un homicidio es la resolución que, a sangre fría y de manera reflexiva, toma el delincuente con anterioridad a la ejecución del hecho. Tal circunstancia es posible apreciarla a través de las manifestaciones exteriores tendientes a lograr el objetivo propuesto, lo que en el caso de autos se da claramente con la decisión de trasladar a las víctimas desde el centro de detención clandestino denominado "Londres N° 38", en donde se encontraban detenidas, llevarlas hasta una torre de alta tensión ubicada en la Comuna de Cerro Navia, desprovistas éstas de toda forma de defensa y allí, ser ultimadas con armas de fuego. Asimismo, y de acuerdo a los mismos hechos, se colige también que la acción de los victimarios fue favorecida por la seguridad que les otorgaba su condición de sujetos activos dominantes en la sucesión de hechos, tanto en lo que concierne a que no aparecían inconvenientes para lograr el propósito criminal de dar muerte a las víctimas, viéndose resguardada su indemnidad y posterior impunidad. En el hecho de la muerte de las víctimas se revela también el ánimo alevoso que guiaba la conducta de los acusados.

En consecuencia, el delito de homicidio reviste el carácter de calificado, por la concurrencia de las circunstancias primera y quinta del artículo 391 del código penal, por haberse cometido el delito en referencia con alevosía y premeditación conocida;

2º) Que en cuanto a la excepción de prescripción alegada por las defensas, se comparten los fundamentos Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo del fallo en alzada en orden a acoger la aludida alegación, teniendo, además, presente las siguientes motivaciones:

a) La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo, o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar.

b) Que, como ha quedado acreditado en el proceso, los hechos punibles tuvieron lugar entre los días 18/12/1973 y 21/12/1973 respecto de los delitos de secuestro simple, y entre el 18 y 22 del mismo mes y año en relación a los delitos de homicidio, al tiempo que las querellas para perseguir la responsabilidad penal de los acusados se presentaron el 26/4/1991 y el 7/7/2000, según consta a fojas 27 del Tomo I-A y 24 del Tomo I B, prosiguiéndose la investigación hasta llegar a la etapa actual;

c) Que tal como se reconoce en el considerando vigésimo primero del fallo del tribunal a quo, ha transcurrido en exceso el plazo de quince años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio calificado; y,

d) Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica a favor de los encausados la causal de extinción de la responsabilidad penal, contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal , esto es la prescripción de la acción penal, y en virtud de ella, correspondía que se expediera una sentencia absolutoria a favor de los acusados.

Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 877-08

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer